

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP2140-2016

Radicación N° 46313

(Aprobado Acta N° 120)

Bogotá, D. C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Procede la Corte a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Guillermo Hoyos Chavarría y Olga Lucía Solís Hoyos, en contra de la decisión adoptada el 30 de junio de 2015, por la Magistrada de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la que inadmitió y rechazó la demanda encaminada a obtener el levantamiento de una medida cautelar impuesta al predio “La Ilusión”, del cual son propietarios los solicitantes.

1. SITUACIÓN FÁCTICA y ANTECEDENTES

La situación fáctica se deriva del trámite adelantado en aplicación de la Ley 975 de 2005, en contra del postulado José Germán Senna Pico, quien se encuentra vinculado por la comisión de conductas punibles, presuntamente ocurridas durante su pertenencia a los grupos armados al margen de la Ley.

En cumplimiento del deber de denunciar, entregar u ofrecer bienes con destino al Fondo de Reparación de Víctimas, el postulado denunció como de propiedad de la “organización” un predio denominado “Hacienda La Ilusión”, localizado en el bajo Cauca Antioqueño.

Con fundamento en la citada denuncia de bienes, la Fiscalía solicitó a la magistratura de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, la imposición de medidas cautelares sobre el precitado bien inmueble; petición que se despachó favorablemente.

1. LA PETICIÓN Y SU TRÁMITE

Materializadas las medidas cautelares impuestas a la hacienda “La Ilusión”, los propietarios inscritos a través de apoderado judicial, presentaron demanda de apertura de incidente de levantamiento de las cautelas que soporta su finca.

En cumplimiento del ritual establecido se instaló la audiencia. La servidora judicial expresó que tratándose de una petición de oposición a la medida cautelar, el trámite sería el dispuesto en el artículo 17C de la Ley 1572 de 2012, modificadorio de la Ley 975 de 2005, recordando además, que por mandato del Artículo 62 del último catálogo normativo citado, es viable acudir a otras disposiciones.

Acto seguido concedió el uso de la palabra al togado que representa a los solicitantes, quien sustentó oralmente la petición.

Manifestó que la Familia Hoyos es propietaria con buena fe exenta de culpa del predio “La Ilusión”, por lo que se debe levantar la medida cautelar.

Afirmó que en 2007, mediante la Escritura Pública 1621 de la Notaría 3 de Envigado, la Familia Hoyos compró la finca a Luis Gonzalo Jaramillo Zuluaga.

El bien, dice el abogado, estaba valorado en 2.000 millones de pesos; el precio se pagó mediante la permuta con una finca cuyo valor era de 1.500 millones y el saldo se solventó con ganado, caballos, una moto y un pagaré por suma superior a los 56 millones de pesos. Aduce que los documentos que lo demuestran se entregaron a la Fiscalía en 2014.

Sostiene el expositor, que el problema que presenta el predio no es con la compra realizada por sus clientes, sino con dueños anteriores; rememora las compras efectuadas desde 1998, cuando adquirió el predio Héctor Edinson Duque, quien sí hacía parte de la estructura criminal de alias “macaco”, según organigrama del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos.

Manifiesta que las transacciones sobre “La Ilusión” superan los 14 años, pues Duque Ceballos le vendió a Héctor Raúl Rendón y éste a Luis Gonzalo Jaramillo Zuluaga, quien no ostenta prontuario criminal alguno, es decir, carece de pendientes con la administración de justicia, por tanto, su cliente compró al verdadero propietario que no tiene vínculos con los grupos al margen de la ley.

El abogado encaminó la disertación a demostrar cómo sus clientes son propietarios de buena fe exenta de culpa, según las reglas definidas por la Corte Constitucional en las Sentencias C-1007 de 2002 y C-820 de 2012. Para ello indicó que su conciencia de obrar fue recta; agotaron la indagación para establecer quién era el verdadero propietario del bien que compraron; han ejercido actos de señorío en forma permanente desde la adquisición de la finca y, por último, han pagado el impuesto predial en forma cumplida.

En cuanto a las pruebas con las que pretende demostrar sus asertos, se refiere puntualmente a siete (7)¹ documentos que, explica, reposan en una carpeta que

tiene la Fiscalía, pues fueron entregados por Guillermo Hoyos en las declaraciones que rindió en 2014.

Aduce también como elementos demostrativos dos documentos y dos cd 2, que aporta en el curso de la audiencia y finalmente, pide se reciba declaración a Viviana Richter Díaz, Luis Gonzalo Jaramillo Zuluaga y Guillermo Wbeimar Hoyos Chavarría.

Culminada la exposición, la funcionaria afirma que desconoce cuándo se impuso la medida cautelar que solicita levantar.

El apoderado informa que la medida se decretó el 4 de julio de 2014, en razón a que el postulado Senna Pico denunció la hacienda “La Ilusión” como adquirida por alias “monoteto” (Héctor Edinson Duque Ceballos) en nombre de alias “macaco”, así como que el predio hacía parte de la reserva estratégica del último mencionado. Agregó, que la finca fue secuestrada y Guillermo Hoyos ostenta la administración de la misma desde el 14 de agosto de 2014.

Nuevamente la magistrada inquiere al abogado en relación con la ausencia en la carpeta que tiene el Tribunal, del incidente en que se impuso la medida cautelar.

Luego de correr traslado al togado del dossier aludido, a fin de verificar la falta de los documentos por ella requeridos, la funcionaria acudió al artículo 85 del Código de Procedimiento Civil y le confirió el término de cinco días para que subsane la petición, los cuales corren desde el 4 hasta el 11 de junio de 2015. Insiste en que debe aportar los anexos, el proceso en que se impuso la medida cautelar, para el estudio de la admisibilidad o rechazo de la demanda.

Se resalta que la magistrada le insiste al abogado del peticionario que tendrá la oportunidad de adjuntar los anexos, “esto es el proceso donde se impuso la medida cautelar”; luego le explica por qué es importante el mismo. También dejó constancia

sobre los documentos presentados en la audiencia³ y sobre los elementos materiales de prueba efectivamente aportados por el demandante en el mismo acto procesal y luego reitera⁴:

“... los demás elementos materiales probatorios reseñados por el señor peticionario, no fueron entregados en la audiencia. En estas condiciones y para seguir los parámetros del artículo..., (sic) no fueron entregados en esta audiencia y deja constancia el peticionario que los entregó en el 2014 a la Fiscalía 39. Siguiendo los parámetros del artículo 17C una vez venzan los cinco días, esto es el 11 de junio a las cinco de la tarde que es el plazo que tiene el señor peticionario, obviamente si tiene alguna dificultad en obtener el material, dificultad que se pueda probar, informará al despacho para adoptar alguna decisión en tal sentido; el proceso ingresará al Despacho para determinar si se cumplió con lo ordenado en esta audiencia y lo previsto en el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil. En ese contexto si se cumple con el requisito de adjuntar ese anexo correspondiente a la actuación de imposición de medida cautelar el proceso se dejará a disposición, previo auto, de los sujetos procesales...” (Negrillas de la Sala)

Luego de indicar cuál sería el trámite en caso de subsanarse o no el defecto de la demanda, la magistrada dio por terminada la audiencia.

3.- DECISIÓN IMPUGNADA

Cumplido el término concedido el Tribunal señaló el 30 de junio de 2015 para realizar la audiencia, en la cual la funcionaria expresó que el peticionario no cumplió con lo dispuesto en la vista precedente, pues durante el lapso concedido, no entregó la carpeta con los documentos soporte de su pretensión, ya que sólo allegó un cd.

Aduce la servidora judicial, que en sesión del 3 de junio anterior, el peticionario anunció las pruebas que pretendía hacer valer en el trámite, por lo que se le concedió el término de cinco días para que subsanara la demanda, conforme con el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil.

Vencido el término se aportó un cd con las incidencias de la audiencia de imposición de medida, pero no se anexaron los documentos necesarios para sustentar la petición, en consecuencia, el asunto carece de instrumentos fundamentales, como el certificado de tradición y libertad, la escritura y las fichas catastrales, entre otros; expresa la magistrada, que tal omisión es causal para inadmitir la demanda.

Sostiene la decisión recurrida, que el trámite de imposición de la medida cautelar y el de levantamiento de la misma, son procesos totalmente independientes; además, la carga de la prueba la tiene quien pretende hacer valer sus derechos, por tanto, como no se aportó la carpeta que contiene los documentos que sustentan la petición, es imperativo aplicar el inciso segundo del artículo 85 citado, por consiguiente, decidió inadmitir y consecuentemente rechazar la petición.⁵

I. DEL RECURSO

El apoderado de los interesados sustentó el recurso de apelación⁶, aduciendo que en la audiencia previa se indicó que se adosaran los audios de la imposición de la medida cautelar, pero ahora le reclama los documentos anexos.

Agrega que la magistratura pide requisitos que van más allá de las posibilidades de la parte interesada, pues la Familia Hoyos no fue vinculada al proceso anterior, por

tanto, no tiene posibilidad de acceder a la carpeta que tiene la Fiscalía bajo reserva sumarial.

Aduce que si la magistrada consideraba que le hacía falta prueba, ha debido decretarla de oficio como lo dispone la Sentencia de la Corte Constitucional C-396 de 2007, donde dice que el juez de control de garantías puede o más exactamente, “debe” decretar pruebas de oficio, dado que lo que se discute son derechos fundamentales, como en este caso el derecho a la propiedad.

Insiste en que la orden de la magistrada fue que se allegara los audios más no la carpeta, por tanto, la funcionaria era quien debía solicitarla a la Fiscalía.

Considera también que este no es un asunto nuevo sino que es la consecuencia de la imposición de una medida cautelar, por tanto, no es de recibo que se pida agregar documentos que ya deben reposar en el Tribunal, en razón a que la medida cautelar la impuso Justicia y Paz, entonces no puede decirse que no es viable despachar la solicitud porque no se conoce lo actuado.

Pide a la Corte se revoque la decisión y se disponga continuar con la solicitud.

En la intervención de los no recurrentes, la Fiscalía, el Representante de las Víctimas, el Agente del Ministerio Público y el defensor del postulado, son unánimes en solicitar a la Corte la confirmación de la decisión, con fundamento en que no se subsanó la demanda en el término concedido, además, el peticionario no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía.

I. CONSIDERACIONES

Competencia:

De conformidad con lo previsto en los artículos 26 y 69 de la Ley 975 de 2005, y 32 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para decidir sobre el recurso de apelación interpuesto.

El problema Jurídico:

Tomando en consideración el objeto de la apelación, el problema jurídico que corresponde resolver en esta decisión es ¿Acertó la primera instancia cuando rechazó la petición de dar inicio a incidente de levantamiento de medidas cautelares, al no haberse subsanado los defectos de la demanda?

Ahora bien, dado que hace parte de las alegaciones del apelante el que el a-quo debió decretar pruebas de oficio, es pertinente establecer cuáles son las pruebas que puede decretar un funcionario de garantías en el escenario de un incidente como el propuesto por el solicitante, o si por el contrario, la carga de la prueba es exclusiva del mismo.

Para efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, esta decisión analizará en primer término, cuál es la naturaleza jurídica del incidente de levantamiento de las medidas cautelares; después esclarecerá lo relativo a la carga de la prueba y la posibilidad de decreto de prueba oficiosa, para concluir decidiendo el caso concreto.

i.- Naturaleza Jurídica del Incidente de Levantamiento de Medidas Cautelares dentro del Proceso de Justicia y Paz

El incidente de oposición a las medidas cautelares decretadas en un asunto de justicia y paz, es un trámite autónomo en sí mismo, pues su dinámica está regulada por el Artículo 17C de la Ley 975 de 2005, con las modificaciones que le introdujo la Ley 1592 de 2012, pero se encuentra vinculado inexorablemente con el proceso dentro del cual se han

denunciado, ofrecido o entregado los bienes por un postulado, así como con el trámite procesal a través del cual se impusieron las medidas cautelares que se pretende levantar.

En consecuencia de lo expuesto, el incidente de oposición a la medida cautelar no es independiente del resto del proceso, por tanto, no puede entenderse sino íntimamente ligado con el mismo, pues es accesorio a él.

Además, de conformidad con el artículo 17C mencionado, el incidente es promovido por un tercero que se considera de buena fe exenta de culpa, quien tiene la posibilidad de accionar para que se dé curso al incidente de oposición a la medida cautelar impuesta, para lo que debe presentar una solicitud que genera la convocatoria a audiencia en la que presentará las pruebas que pretende hacer valer, es decir, aquellas con las que sustenta su pretensión.

Ahora bien, tratándose de un asunto patrimonial, -el que acciona debe alegar que tiene mejor derecho sobre el bien cautelado, que el que pudieran tener las víctimas-, su régimen corresponde al del derecho privado, donde la iniciativa es particular y quien alega debe demostrar lo que busca.

En suma, el incidente por el que se pretende el levantamiento de una medida cautelar, si bien es autónomo, también está ligado con el proceso principal y con el trámite a través del cual se impuso la medida contra la que se acciona. Además, por ser de índole patrimonial requiere que quien actúa alegue un mejor derecho sobre el bien cautelado y aporte las pruebas que demuestren su aserto.

Consecuencia de lo expuesto es que el régimen legalmente aplicable al mismo, sea en primer término, el previsto expresamente en el artículo 17C de la modificada Ley 975 de 2005 y en lo no previsto, se apliquen las normas del ordenamiento adjetivo civil, por virtud del mandato del principio general de integración normativa.

ii.- Carga de la prueba y Prueba oficiosa

Tomando en consideración la naturaleza jurídica del incidente de oposición a la medida cautelar, particularmente por tratarse de un asunto de contenido eminentemente patrimonial, no hay duda que quien actúa tiene a su cargo no sólo demostrar el interés jurídico que le asiste, sino aportar el haz probatorio que respalde la situación fáctica que soporta ese interés.

Lo anterior se infiere del contenido del artículo 17 C, que al respecto expresa:

ARTÍCULO 17C. INCIDENTE DE OPOSICIÓN DE TERCEROS A LA MEDIDA CAUTELAR. <Artículo adicionado por el artículo 17 de la Ley 1592 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> En los casos en que haya terceros que se consideren de buena fe exenta de culpa con derechos sobre los bienes cautelados para efectos de extinción de dominio en virtud del artículo 17B, el magistrado con función de control de garantías, a instancia del interesado, dispondrá el trámite de un incidente que se desarrollará así:

Presentada la solicitud por parte del interesado, en cualquier tiempo hasta antes de iniciarse la audiencia concentrada de formulación y aceptación de cargos, el Magistrado con función de control de garantías convocará a una audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes en la cual el solicitante aportará las pruebas que pretenda hacer valer y cuyo traslado se dará a la Fiscalía y a los demás intervinientes por un término de 5 días hábiles para que ejerzan el derecho de contradicción. Vencido este término el magistrado decidirá el incidente y dispondrá las medidas a que haya lugar.

(...)

Pero si lo anterior no fuera suficiente, en aplicación del Artículo 62 de la Ley 975 de 2005, que autoriza la integración normativa, conviene traer a colación el artículo 135 del Ordenamiento Adjetivo Civil, que frente a los incidentes expresa:

“ARTÍCULO 135. INCIDENTES Y OTRAS CUESTIONES ACCESORIAS. Se tramitarán como incidente las cuestiones accesorias que la ley expresamente señale; las demás se resolverán de plano, y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos”.

Indica lo anterior, que quien pretende promover una cuestión accesoria a un proceso, debe acompañar a la petición las pruebas con las que demostrará el supuesto de hecho que le permite aspirar a que la justicia declare en su favor la consecuencia jurídica perseguida.

Las disposiciones mencionadas indican que quien tiene la carga demostrativa de la pretensión es el tercero que promueve el incidente, en el caso concreto, el de oposición a la medida cautelar.

A propósito de la mencionada integración normativa, es preciso citar otras disposiciones del Código de Procedimiento Civil que contribuyen a la solución del caso bajo estudio.

En primer término el Artículo 138 del mencionado Estatuto, el cual establece:

ARTÍCULO 138. RECHAZO DE INCIDENTES. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 74 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> El juez rechazará de plano los incidentes que no estén expresamente autorizados por este Código o por otra ley, los que se promuevan fuera de término y aquéllos cuya solicitud no reúna los requisitos formales.

El auto que rechace el trámite del incidente será apelable en el efecto devolutivo; el que lo decida, en el mismo efecto si es adverso a quien lo promovió, y en el diferido en el caso contrario salvo lo dispuesto en el artículo 147.

De conformidad con esta disposición, es imperativo para el funcionario rechazar de plano los incidentes, cuando quien los propone, entre otras causas, no cumple con las exigencias legales, una de las cuales es adosar la prueba necesaria para acreditar, como ya se anunció, el interés legítimo para proponerlo y el supuesto de hecho de lo que pretende.

Ahora bien, como en el caso sometido a estudio, la magistrada de Control de Garantías optó por inadmitir la petición de apertura del incidente por la falta de aporte de ciertas pruebas que estaban en poder de la Fiscalía 39, es necesario analizar lo previsto en el artículo 78 del mismo catálogo normativo.

ARTÍCULO 78. IMPOSIBILIDAD DE ACOMPAÑAR LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA O DE LA REPRESENTACION DEL DEMANDADO. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 31 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando en la demanda se diga que no es posible acompañar la prueba de la existencia o de la representación del demandado, se procederá así:

1. Si se indica la oficina donde puede hallarse dicha prueba, el juez librará oficio al funcionario respectivo, para que a costa del demandante expida copia de los correspondientes documentos en el término de cinco días. Allegados éstos, se resolverá sobre la admisión de la demanda.

(...)

Las afirmaciones del demandante y de su apoderado se harán bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación de la demanda, suscrita por ambos.

El canon en cuestión hace relación a la imposibilidad de aportar la prueba de la existencia o representación legal del accionado, para lo cual se fija una regla según la cual, el actor deberá comunicar tal situación al funcionario judicial, quien dispondrá que quien tiene la prueba expida copia de ella, una vez cumplida la orden se pronunciará sobre la admisión de la demanda.

Esta disposición, aunque no es específica para cualquier medio de prueba, estima la Sala que puede aplicarse en forma analógica para eventos en que a una parte le es imposible acceder a ciertos documentos necesarios para que su petición sea admitida, pues lo contrario llevaría al absurdo de obligar a lo imposible a alguien, lo cual riñe con los principios generales del derecho, que también son fuente de interpretación normativa como lo preceptúa el artículo 230 Superior.

Pasando a otro tópico, frente al alegato esbozado por el apoderado de los solicitantes según el cual, la funcionaria de control de garantías de Justicia y Paz, si estimaba necesario contar con ciertos medios de conocimiento, ha debido acatar la decisión de la Corte Constitucional C-396 de 2007, y decretarlos de oficio, debe precisarse en qué eventos un juez investido de la función protectora de los derechos fundamentales, puede o debe como dice el censor, decretar prueba oficiosa.

Al respecto es necesario recordar la decisión en mención, que precisamente estudia la exequibilidad de la disposición contenida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, conforme con la cual, es prohibido al juez de conocimiento decretar pruebas de oficio en la audiencia preparatoria.

Analizado el tema, la Corte Constitucional considera que hace parte de la libertad de

configuración del sistema penal que tiene el legislador, el optar por permitir o prohibir el decreto probatorio oficioso por parte del juez de conocimiento, toda vez que en los diversos países donde opera el sistema se escoge permitirlo o no, sin que ello desnaturalice la institución.

En Colombia se optó por prohibir las pruebas de oficio en la etapa del juicio con lo cual se garantiza la igualdad de armas y la imparcialidad del funcionario que decidirá el asunto, por lo que la norma fue declarada ajustada al ordenamiento constitucional.

No obstante, el Alto Tribunal Constitucional estimó que no ocurre lo mismo tratándose del juez de control de garantías, quien dada la importancia que tiene su función en cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, puede decretar pruebas de oficio en preservación precisamente de las garantías fundamentales en discusión.

Implica entonces lo anterior, que cuando lo que se debate son derechos o garantías constitucionales, el juez de las mismas puede decretar pruebas de oficio.

Así lo expresó la Corte Constitucional (C-396 de 2007):

“La prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial. A esa conclusión se llega después de adelantar el análisis sistemático y teleológico de la norma acusada. Nótese, que no sólo la ubicación de la norma demandada en el contexto normativo significa que la pasividad probatoria del juez está limitada a la etapa del juicio y, especialmente en la audiencia preparatoria, sino también que la ausencia de regulación al respecto en las etapas anteriores al juicio, muestran que la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial, según el cual,

mientras se ubica en la etapa de contradicción entre las partes, en la fase del proceso en la que se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios y en aquella que se caracteriza por la dialéctica de la prueba, es lógico, necesario y adecuado que el juez no decrete pruebas de oficio porque rompe los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal acusatorio. No sucede lo mismo, en aquella etapa en la que el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal.

Sin embargo, frente al asunto específico del incidente de oposición a una medida cautelar, debe precisarse si el magistrado de garantías, está en la posibilidad o en el deber de decretar en forma oficiosa la prueba de la que carece la petición, teniendo en cuenta que la pretensión en estos eventos es de contenido eminentemente patrimonial.

Lo que se intenta con la imposición de medidas cautelares es garantizar la reparación de las víctimas de los grupos desmovilizados, resarcimiento que se constituye en un derecho fundamental para ellas, puesto que, aunque en muchos casos implica un reconocimiento económico, éste se encuentra vinculado íntimamente con una afectación iusfundamental como la vida, la integridad física, la libertad de locomoción individual, entre otros.

A su turno, lo que se busca con el levantamiento de una medida cautelar impuesta en el marco de un proceso de Justicia y Paz, es que un particular que considera tiene un mejor derecho que las víctimas generado por la buena fe exenta de culpa con la que ha adquirido el bien cautelado, recupere el mismo para su patrimonio individual⁷

Implica lo expuesto que los derechos enfrentados en estos eventos son los de las víctimas a obtener una reparación acorde con la vulneración de sus derechos y el de una persona que busca preservar su patrimonio.

Establecido lo anterior, es evidente que quien pretende lo segundo, está en la obligación de aportar la prueba suficiente y necesaria para que se abra el incidente; además porque su pretensión está encaminada a desvirtuar una decisión judicial⁸, prevalida de la doble presunción de acierto y legalidad, determinación tomada por otro magistrado de control de garantías, quien luego de un trámite igualmente reglado, optó por imponer el gravamen al predio en disputa.

No puede entonces el magistrado ante quien se promueve el incidente de oposición a la medida cautelar, subsanar con prueba de oficio la demanda presentada por el interesado, pues de hacerlo, estaría parcializando su accionar, en detrimento de los derechos fundamentales de quienes aspiran a la reparación integral de los perjuicios ocasionados por los delitos cometidos por los grupos al margen de la ley.

Cosa diferente será que en trámite del incidente, considere el magistrado de control de garantías, que es necesario practicar otras pruebas diversas a las solicitadas, y decretadas, que le permitan efectivamente garantizar o proteger un derecho fundamental amenazado o vulnerado, es decir, respetando la doctrina constitucional, sí es posible que el funcionario ante quien se adelanta el incidente decrete prueba oficiosa, pero no aquella que supla la deficiencia de la parte interesada en promover el levantamiento de la medida cautelar.

iii- El caso concreto.

Para resolver el asunto, desde ya la Sala anuncia que confirmará la decisión recurrida con fundamento en las siguientes razones:

En primer término, rememorando lo acontecido, se resalta que el apoderado de la Familia Hoyos presentó solicitud para dar inicio al incidente de oposición y levantamiento de las medidas cautelares, impuestas al predio “La Ilusión”, de propiedad de sus prohijados.

Adjunto a la solicitud anterior, no aportó prueba alguna sobre aspectos cardinales para la admisión de su petición, como por ejemplo los reclamados por la Funcionaria de Control de Garantías en el curso de la audiencia convocada, vale decir, a) Fecha de imposición de las medidas cautelares que pretende levantar; b) Cuáles fueron las medidas que con las que se cauteló la hacienda “La Ilusión”, c) Funcionario judicial que las decretó; d) Si se encuentran cumplidas jurídica y materialmente, entre otros.

Tomando en consideración que en materia de control de garantías, a pesar de tratarse de funcionarios adscritos a la misma Sala de Justicia y Paz, los asuntos que conocen son eventuales, sin que exista, dado el sistema procesal adoptado, permanencia de los documentos o de los procesos en cabeza de un mismo funcionario, el Tribunal repartió el asunto correspondiéndole a la magistrada Teresa Ruíz, aunque la petición estaba dirigida a José Manuel Bernal Parra, quien, seguramente fue el que determinó cautelar el predio, sin que exista certeza de ello.

Recibida la petición por la mencionada magistrada, señaló fecha para la realización de la audiencia en la que advirtió a los concurrentes que, en caso necesario, por integración normativa aplicaría disposiciones del Código de Procedimiento Civil, y además, realizó una admonición sobre el trámite de la misma.

Cumplió lo anterior, el abogado de los peticionarios elevó en forma oral su pretensión, sustentando lo que consideró el soporte fáctico; mencionó las pruebas que pretendía hacer valer, las cuales dividió en tres grupos: a) las que reposan en la Fiscalía 39, b) las que aportó físicamente en la audiencia y c) la testimonial cuya práctica solicitó.

Terminada la exposición la funcionaria requirió se le informara aspectos como la fecha en que se impusieron las medidas, lo cual en el acto comunicó el abogado. También reclamó la funcionaria por la ausencia de aporte del trámite de imposición de la medida a levantar, sin hacer referencia exclusiva a los audios, su expresión fue relativa al “anexo”, es decir, “el proceso en que se impuso la medida”.

Ante el reconocimiento del apoderado de los incidentantes, sobre la ausencia del “anexo”, optó la magistratura por inadmitir la demanda de apertura del incidente y conceder el término de cinco días para que se aportaran los documentos echados de menos.

Es más, de forma didáctica indicó al togado cuál es la importancia de contar con el mencionado anexo, resaltando que si bien, el levantamiento de las medidas cautelares está íntimamente ligado con el trámite de su imposición, son procedimientos totalmente distintos, por tanto, requiere el aporte de lo actuado, para tener la base probatoria para adoptar la decisión de admisión o no de la demanda de apertura del incidente.

Más aún, como se transcribió en el resumen de la actuación, la funcionaria le indicó al profesional del derecho que asistió a la audiencia en representación de los Señores Hoyos Solis, que en caso de no poder obtener algún medio probatorio por causa demostrable, se lo hiciera conocer para adoptar las medidas a que hubiere lugar.

Durante el lapso concedido por la magistratura de Control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, el apoderado aportó un cd contentivo de las diversas sesiones de audiencias surtidas para imponer las medidas cautelares, pero omitió pronunciamiento alguno en relación con el “anexo” reclamado por la funcionaria.

Tal como se había advertido en la primera sesión de audiencia, se convocó la vista

en la que se inadmitió y consecuentemente rechazó la solicitud por no haber subsanado los defectos dentro de la oportunidad legalmente prevista para ello.

La relación fáctica anterior permite concluir que la actuación adelantada por la magistrada y la decisión por ella adoptada se encuentran acorde con el derecho que resuelve el caso, pues mal pudiera haber decretado la prueba faltante en forma oficiosa, cuando lo cierto es que ese material probatorio era indispensable para darle paso a la apertura del incidente, habiendo podido incluso, rechazarse la solicitud desde el primer momento como lo prescribe el artículo 138 del ordenamiento Adjetivo.

Lo palmario en este asunto, es que el abogado solicitante no se hizo esfuerzo en la demostración⁹ de las bases fácticas y jurídicas que le permitían acceder al incidente, puesto que se contentó con decir que las pruebas estaban en la carpeta que debía reposar en el mismo Tribunal ya que se entregaron a la Fiscalía 39.

Fue confuso del apoderado en relación con quien tenía las pruebas que enumeró en primer término, pues unas veces arguyó que las tenía la Fiscalía 39 ante quien rindió declaraciones su cliente en 2014 y otras indicó que debían reposar en el Tribunal, pues fue éste quien impuso las medidas cautelares.

Tratándose de un asunto de contenido patrimonial, regido por las disposiciones procesales del derecho civil, el abogado habría podido echar mano de la disposición contenida en el artículo 78 del citado Estatuto y pedir de forma clara y expresa a la magistratura de Control de Garantías, oficiara a la autoridad que tiene las precitadas pruebas, para que se aportara la copia que se requería o lo que considerara conveniente para el éxito de sus pretensiones, actividad que brilló por su ausencia en el quehacer del togado que asistió a la audiencia.

En suma, al no contar con las pruebas que permitieran dar apertura al trámite incidental de oposición a las medidas cautelares impuestas al predio “La Ilusión” y al

no haberse subsanado la demanda en la forma indicada por la Funcionaria de Garantías, la decisión cuestionada está conforme a derecho, por tanto habrá de confirmarse tal como ya se había indicado.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la providencia objeto de impugnación por las razones expuestas.

1. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

1. Devuélvase la actuación al Tribunal del origen.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1) Promesa de permuta de la finca, suscrita por la Familia Hoyos y Viviana Richter, 2) Copia de la Escritura Pública 1621 de 10 agosto de 2007, 3) Consignaciones y recibos en 12 folios, 4) Pagaré de fecha 10 de agosto de 2008 a nombre de Viviana Richter, por el valor que se le quedó debiendo de la finca, es decir, \$56'681.675.00, 5) Constancia sobre un crédito de libre inversión que otorgó el Banco de Bogotá, 6) Copia de la Escritura Pública 049 de la Notaría 1 de Yarumal, mediante la que se constituye hipoteca abierta sobre la finca y en favor del Banco de Bogotá; 7) Copia de las declaraciones de renta de sus poderdantes de los años 2005 a 2012.

El primero de ellos es el informe con logo del banco de Bogotá, conforme con el cual el predio no presenta problemas con sus títulos, por lo cual se conceptúa favorablemente para el otorgamiento de un crédito; el segundo documento se relaciona con el crédito de fomento conferido por Finagro al solicitante, en el año 2008. Los cd contienen fotos con los que pretende demostrar los actos de señorío ejercidos por su cliente sobre la Hacienda "La Ilusión".

Hace referencia al poder otorgado a la apoderada de la UNIDAD DE VÍCTIMAS y la

Resolución que autoriza la presencia del Fiscal en remplazo de quien adelanta el trámite pertinente.

4 Cfr. CD del 3 de junio de 2015. Record 1:01':34'' a 1:02':59''

5 Cfr. Cd de 30 de junio de 2015. Record 2':55''

6 Cfr. Ibídem. Record 6':16''.

7 CSJ AP 7 de marzo de 2012. Rad. 36.632. “El objeto del trámite incidental que inicia un tercero, es demostrar que en relación con el bien ofrecido por el postulado y respecto del cual se ha decretado una medida cautelar, ese tercero tiene un mejor derecho que no puede verse afectado.

Dado que las medidas cautelares tienden a afectar el derecho de dominio o la disponibilidad sobre el mismo o bien el derecho de posesión y sus derivados, el incidente tendrá por objeto establecer en cabeza del tercero un mejor derecho de propiedad o de posesión que debe ser respetado. Así, en el caso de la propiedad, el incidente apuntará a demostrar que el derecho radica en ese tercero, ya porque así aparece consignado en el registro inmobiliario, o bien por cuanto aunque el bien aparezca en cabeza del postulado es en realidad de propiedad del tercero, como cuando media una simulación, o como cuando a pesar de no estar inscrito el acto que materializa la propiedad, existen escrituras u otros documentos que indican que el postulado cedió la propiedad. Se buscará entonces el levantamiento de la medida de embargo o de limitación o suspensión del poder dispositivo sobre el bien”.

8 Es evidente que el incidente de oposición a una medida cautelar, soslaya las bases de la decisión también adoptada por un funcionario de control de garantías, mediante la que consideró, que en relación con el bien de que se trate, concurrían las circunstancias fácticas y jurídicas para imponerle una medida cautelar, la cual ha de estar en firme para

que proceda la promoción del trámite mencionado.

9 Aporte de las pruebas que demuestren el hecho